

Una década de legislación sobre reproducción asistida y utilización de embriones: observaciones sobre su aplicación, constitucionalidad y perspectivas de futuro*

Carlos LEMA AÑON

1. INTRODUCCION

A principios de 1999 se cumplieron diez años de vigencia de la legislación española sobre reproducción asistida y sobre donación y utilización de embriones. Diez años es un plazo razonable para intentar un balance de esta regulación contando con una cierta perspectiva. De hecho, tomando lapsos de tiempo de diez años, podemos caracterizar, aunque sea de forma impresionista, la evolución de los acontecimientos en esta materia, acostumbrada a vivir en un presente continuo, entre un pasado inexistente por irrelevante y un futuro difícilmente discernible entre la promesa y la pesadilla.

Cuando entró en vigor la legislación española sobre reproducción asistida, la efeméride que se acababa de conmemorar pocos meses antes era la de los diez años del primer nacimiento producto de una fecundación *in vitro*, ocurrido en Inglaterra. Es decir, la entrada en vigor de la legislación española coincidía a su vez con la primera década de existencia y utilización de lo que había sido la gran novedad en el campo de la reproducción asistida humana, de lo que estrictamente se podía decir que era la primera *nueva* tecnología de la reproducción humana asistida. Se trataba, además, del hito médico-científico que marcaría tanto la expansión social de la reproducción asistida, como el inicio de los esfuerzos de regulación jurídica que culminarían con la elaboración de normativas omnicomprendivas, entre las cuales la regulación española sería uno de los primeros ejemplos en todo el mundo. Desde el punto de vista social —más que científico— diez años antes de la aprobación de la legislación española, se creaba el primer banco de semen español, y con ello empezaba la expansión de las prácticas de la reproducción asistida y su salida desde el secreto y la marginalidad (lo que en otros países ya se había producido años antes).

En el momento de la entrada en vigor de la legislación española (es decir, diez años después), lo que se estaba produciendo no eran tanto rupturas científicas como la efervescencia de las consecuencias sociales y de las implicaciones jurídicas de la reproducción asistida. Efectivamente, no se habían producido cambios o avances esenciales del calibre de los que habían asombrado una década atrás, sino un desarrollo y mejora de las técnicas y una expansión de su utilización a partir del modelo y del procedimiento inicial. En cambio, era muy intensa la actividad de instituciones y organismos —tanto internos como internacionales— en el análisis de las implicaciones de la reproducción asistida

y en la tentativa de establecer normas jurídicas que disciplinaran y dieran respuesta a determinados problemas que ya se percibían. Recordemos, por ejemplo, como en aquel momento estaba aún reciente un caso (con enorme repercusión pública) como el de *Baby M.*, resuelto en los tribunales norteamericanos ante la negativa de una "madre de alquiler" a entregar al nacer a su hijo a la otra parte contratante. Los esfuerzos para la aprobación de normativas jurídicas culminarían por aquellos años —como en el caso español— o se harían esperar algún tiempo más.

Si damos un nuevo salto de diez años hasta el presente (o un pasado reciente), nos encontramos con que tras la primera década de vigencia de la legislación española, se vive un momento en el que el estado de cosas científico y normativo referente a la reproducción se ve nuevamente removido por una sucesión de acontecimientos. Como sucede cada cierto tiempo, los medios de comunicación se hacen eco de nuevos acontecimientos científicos con evidentes repercusiones normativas. Efectivamente, esta primera década de regulación coincide con un momento en el que todavía no se han apagado los ecos provocados por la primera clonación realizada en un mamífero —la oveja *Dolly*— y por el debate sobre la posibilidad de clonación de seres humanos¹. En este contexto, numerosas miradas se vuelven sobre el derecho, para constatar, en el caso concreto español, cómo muchas de las posibilidades y de las conductos en cuestión estaban ya previstas y reguladas, pero también cómo otras no habían sido reguladas o sólo habían sido previstas parcialmente.

En este tipo de materias, lapsos de tiempo como éste de una década desde el que nos proponemos evaluar la regulación española son, a estos efectos, alternativamente demasiado largos y demasiado cortos. Se menciona con frecuencia lo difícil que resulta legislar sobre objetos tan sometidos a cambios y avances que en muchas ocasiones resultan imposibles de anticipar en todas las múltiples variables que pueden ser significativas para su regulación. Pero al mismo tiempo hay que constatar que prácticas como las de reproducción asistida (y en general muchas otras intervenciones tecnológicas sobre la naturaleza o los seres humanos) despliegan todas sus consecuencias en el largo plazo. Es decir, resulta difícil evaluar cuáles son los riesgos a los que se hay que enfrentar, cuáles son las posi-

* Una primera versión en gallego de este trabajo ha sido publicada en el *Anuario da Facultade de Dereito da Coruña* (1999).

¹ En junio de 1999 la prensa anunciaba la primera clonación de embriones humanos siguiendo el método que había permitido el nacimiento de la oveja *Dolly*. Científicos norteamericanos habían creado un embrión humano clónico y lo habían destruido dos días después.

bles consecuencias remotas de esas prácticas y —en esa medida— cuáles son aceptables o asumibles. Dos décadas de investigación y desarrollo de la fecundación *in vitro* parece mucho tiempo en el contexto del vertiginoso avance de las ciencias de la vida. Pero al mismo tiempo eso significa que la primera nacida mediante esta técnica tiene poco más de veinte años. En este caso concreto de las prácticas de fecundación *in vitro* no parece que las posibles consecuencias negativas para los nacidos a través de ellas sean alarmantes, ni desde el punto de vista físico-patológico ni desde el punto de vista psicológico. Pero eso es algo que sólo hemos venido sabiendo con el tiempo y que ni siquiera podemos asegurar con respecto al futuro.

Así pues, se produce (como en otros campos de la tecnociencia) un desfase entre el vertiginoso avance de las posibilidades de intervención y la demora de los efectos que a largo plazo producen estas mismas posibilidades, entre ellos los posibles efectos negativos que crea un riesgo crecientemente indeterminable e ineliminable. La potencia de intervención de las tecnociencias no se corresponde con una análoga capacidad para determinar sus propias consecuencias. Es decir, no resulta posible *científicamente* (con el grado de garantías que esto supone) las propias consecuencias de la ciencia. Estos hechos tienen unas consecuencias muy importantes, referentes al propio estatuto del conocimiento científico y de su relevancia social. Pero por lo que aquí interesa, también tiene consecuencias para la propia evaluación del derecho que tiene por objeto la regulación de un sector concreto en el que se desarrollan actividades referentes a la investigación y a las aplicaciones técnicas de las ciencias de la vida.

El derecho, en este sentido, ha de revisarse con cierta frecuencia en la medida en que cambien las circunstancias o que se detecten inadecuaciones. Pero esto puede ser fuente de paradojas importantes y de conflictos con los ideales de seguridad jurídica y permanencia a los que con frecuencia se aspira. De paradojas como la que se produce —y en este ámbito muy frecuentemente— cuando la propia realidad a la que el derecho pretende regular es capaz de cambiar al derecho y adaptarlo a sí; o cuando se producen fenómenos de inflación legislativa, de pérdida de claridad de la ley y, con todo ello, de honda inseguridad jurídica. Estos fenómenos no son exclusivos de este campo o de otros análogos, pero sí que alcanzan aquí unas cotas que hacen precisa su consideración atenta.

El balance que se pretende realizar consistirá en un recorrido desde varios puntos de vista por lo que ha sido esta primera década de vigencia de la normativa española sobre reproducción asistida y donación y utilización de fetos y embriones humanos. En primer lugar, desde el punto de vista estrictamente normativo, que se ha caracterizado por una gran lentitud en el desarrollo de la regulación legal. En segundo lugar, desde el punto de vista del juicio constitucional de esta normativa, una historia sólo muy recientemente completada. En tercer lugar, se hará referencia a la escasa aplicación de esta re-

gulación en los tribunales ordinarios. El último punto de vista ya no será estrictamente normativo, pues se referirá a la historia de las prácticas, valorando la eficacia de la legislación; en este sentido será una valoración de las normas con relación a hechos empíricos del universo social.

Finalmente, se pasará revista a algunas de las principales cuestiones pendientes. Ya sea en atención a su novedad, al hecho de que se hayan revelado como los principales problemas, o al hecho de que se haya planteado la necesidad de una reforma o adaptación de la legislación.

2. UNA LENTA HISTORIA NORMATIVA

La legislación española sobre reproducción asistida y utilización de embriones está constituida, como se sabe, por las leyes 35/1988 de técnicas de reproducción asistida y 42/1988 de donación y utilización de embriones y fetos humanos o sus células, tejidos u órganos. La regulación legal se completa con algunas disposiciones del Código Penal de 1995, especialmente el título V del libro II.

El modelo que dibujan las dos leyes de 1988 se basa en la complementariedad de ambas normas, asumiendo cada una de ellas un ámbito material de aplicación diferente aunque relacionado. En principio, la ley sobre técnicas de reproducción asistida regula la aplicación de estas técnicas (inseminación artificial, fecundación *in vitro*, transferencia intratubárica de gametos), tanto en lo que respecta a los casos en los que son utilizables, a las prácticas permitidas, a las consecuencias jurídicas de las mismas y a la conducta de los facultativos y centros en los que se realizan estas prácticas. Complementariamente, esta ley define el estatuto jurídico de los embriones humanos en el estadio de desarrollo en el que se pueden ver afectados por estas prácticas de reproducción, es decir, regula el estatuto jurídico de lo que se denomina “preembrión”² (también llamado “embrión preimplantatorio”) y que correspondería a las dos primeras semanas de desarrollo embrionario desde la fecundación, período durante el cual estos embriones —si son fecundados *in vitro*— pueden permanecer sin ser transferidos a una mujer para su gestación.

Este segundo campo de aplicación de la Ley 35/1988 permite delimitarla con respecto a la Ley 42/1988. Esta otra ley tendría como ámbito material de aplicación la donación y utilización de embriones o fetos humanos, de sus tejidos y sus órganos. “Embriones” y “fetos”, por lo tanto, con exclusión de los “preembriones”, objeto de la otra ley³.

La donación (y utilización) de otro tipo de mate-

² La exposición de motivos de la Ley 35/1988 ofrece definiciones de “preembrión”, “embrión” y “feto”. De todas formas, se trata de una terminología cuestionable. En principio, aquí se evitará el uso del término “preembrión” y cuando se utilice el término “embrión” no se excluirá al “embrión preimplantatorio”.

³ El hecho de que toda regulación con respecto a los preembriones se recoja en la Ley, incluso para casos hipotéticamente análogos a los regulados en la Ley 42/88, tiene una justificación práctica. Al contrario que en caso de embriones y fetos expulsados o abortados, la posibilidad de acceder a los “preembriones” —formados por unas pocas células— sólo es factible en el marco de la práctica de la fecundación *in vitro*.

riales o tejidos humanos de procedencia distinta de la fetal y embrionaria no viene regulada por la Ley 42/1988. La propia Ley 35/1988 se ocupa de la donación y utilización (en principio para fines reproductores) de gametos, óvulos fecundados y embriones preimplantatorios. (Para el caso de la donación y utilización de órganos procedentes de personas mayores de edad o de personas fallecidas, la regulación vigente es la de la Ley 30/1979 de extracción y trasplante de órganos, así como sus disposiciones complementarias).

Si este es el esquema general de coordinación de la aplicación de estas dos leyes (por lo menos atendiendo a sus denominaciones y a sus exposiciones de motivos), en su articulado concreto el régimen se complica algo más. En realidad, la Ley 35/1988 aparece en ocasiones como un marco general que, sin embargo, no excluye reiteraciones por parte de la Ley 42/1988, sobre todo en lo que se refiere a las infracciones y sanciones. Además, los criterios delimitadores que hemos expuesto caen completamente en casos como los artículos 12 y 13 de la Ley 35/1988, que regulan el diagnóstico y tratamiento prenatal también de embriones y fetos: el aparente criterio del preembrión se desvanece. Porque aunque ni el diagnóstico y tratamiento prenatal tienen que ver con la donación, estrictamente tampoco son técnicas de reproducción asistida, ni por supuesto su aplicación está limitada a los casos en los que la fecundación haya sido realizada mediante alguna de las técnicas de reproducción asistida.

La imprecisión con respecto a la delimitación de los respectivos objetos no sería una causa suficiente como para causar problemas irresolubles de interpretación. Lo que ocurre es que, además, el régimen jurídico aplicable en algunos supuestos sí que es difícil de determinar. En especial lo relativo a las disposiciones que definen el estatuto jurídico de los embriones humanos, tanto en lo referido a su conservación o a los poderes de disposición sobre ellos, como en lo referido al diagnóstico, tratamiento, investigación y experimentación. Como es fácilmente comprensible, éstas son además cuestiones especialmente sensibles, que por ello precisan de una regulación clara, al tiempo que respetuosa, con los derechos fundamentales y los importantes valores en juego.

Estos y otros problemas son en buena media producto de la imprecisión, de la falta de claridad y de la cuestionable "técnica legislativa" que estas leyes exhiben. Es cierto —ya se ha dicho— que parte de las insuficiencias pueden atribuirse a una lógica imposibilidad de prever los desarrollos futuros de la reproducción asistida, tanto desde el punto de vista científico y técnico como desde el punto de vista de las prácticas sociales que se han afianzado. Pero ello no excusa la crítica de las insuficiencias de estas leyes. Con independencia de que se cuestionen o no las opciones axiológicas escogidas, incluso éstas podrían haber sido plasmadas en la legislación de forma más correcta.

La historia de la aprobación de estas leyes fue singular en varios aspectos y quizás pueda explicar en alguna medida el resultado. Si, como hemos

visto, España estaba retrasada a finales de la década de los setenta en cuanto a la introducción de la reproducción asistida (tomando como referencia otros países de su entorno), durante la década de los ochenta recuperó rápidamente terreno. El primer nacimiento tras fecundación *in vitro* en España tuvo lugar en 1984. Pero en el plano legislativo fue todo aún más rápido. En 1988 España se convertía en uno de los primeros países del mundo en disponer de una legislación omnicompreensiva con respecto a la reproducción asistida: sólo el estado australiano de Victoria contaba anteriormente con una ley comparable, pues todo lo más, algunos países contaban con disposiciones penales, civiles o administrativas dispersas relativas a cuestiones puntuales. De hecho, el Reino Unido —en el que, recordemos, se había producido el primer nacimiento tras fecundación *in vitro* en el mundo— no contó con una ley análoga a la española en cuanto a alcance, hasta 1990, a pesar de disponer de un estudio oficial sobre la cuestión desde 1984.

Comparado con este último caso, el paso del informe previo a la ley fue vertiginoso en España. En abril de 1986 el Congreso de los Diputados aprobó el *Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación in vitro e la Inseminación Artificial Humanas*, en el que se incluían numerosas recomendaciones que se esperaba que fuesen trasladadas a una ley sobre la materia. La Comisión venía trabajando desde el año anterior, contando con diferentes comparecencias e informes de expertos.

Todo ello representaba una nueva forma de elaboración legislativa, tanto por el hecho de la creación de una comisión especial del Congreso con representación de los diferentes grupos parlamentarios, como por el hecho de que se llamase a expertos ajenos al Congreso. Aunque el informe final fue desigual y falto de una mayor elaboración, quizás podría haber servido como un punto de partida para continuar con unos trabajos previos que sin embargo, no se vieron continuados. Además, a pesar de contar con este informe y con los trabajos previos que lo habían posibilitado, las leyes 35/1988 y 42/1988 surgieron formalmente de una proposición de ley del Grupo socialista presentada en 1987 (a iniciativa de su diputado M. Palacios, impulsor y presidente a su vez de la Comisión especial) y no de un esperable —a tenor de los objetivos de la comisión— consenso. Se trataba, por otra parte, de la primera proposición de ley del Grupo socialista (en la medida en que, apoyando con mayoría absoluta a un Gobierno, se había venido limitando también a apoyar los proyectos de ley de este último).

El apresuramiento del informe se reflejó también en las proposiciones de ley, faltas aún (con independencia de su contenido más o menos criticable) de muchas mejoras técnicas y precisiones con respecto a la regulación que pretendían instaurar. Las enmiendas introducidas sólo paliaron estos defectos en parte. Algunas veces se ha dicho que buena parte de estos problemas provienen del hecho de que estas leyes fuesen elaboradas más por médicos que por juristas. Pero sea ésta o no una crítica certera, tampoco parece que la tramitación en la

Comisión de Empleo y política social del Congreso (en la que estaba encuadrado su promotor) haya ayudado mucho a la mejora de las mismas.

Finalmente, tanto la Ley 35/1988 como la 42/1988 fueron aprobadas, entrando en vigor a finales de 1988 y principios de 1989, respectivamente. Pero este no era el final de su historia normativa. En primer lugar, se interpusieron contra ellas sendos recursos de inconstitucionalidad que —como veremos inmediatamente— supusieron con el tiempo sólo ligeras modificaciones en su contenido. En segundo lugar, el Código Penal de 1995 modificó ligeramente el apartado de infracciones y sanciones de la Ley 35/1988, al pasar algunas de las infracciones más graves a constituir delitos. En tercer lugar, en 1991 se aprobó la Ley catalana de filiaciones, que incluía algunas disposiciones referentes a la reproducción asistida. Esta ley fue derogada en 1988 por el Código de Familia, que sin embargo mantenía aquellas disposiciones.

Pero una parte esencial del resto de la historia normativa está constituida por el desarrollo reglamentario previsto sobre todo en las disposiciones finales de la Ley 35/1988. A pesar de que estas disposiciones estipulaban plazos para el desarrollo reglamentario que oscilaban entre los seis meses y el año, pasaron hasta seis años antes de que esta labor simplemente empezase a plasmarse normativamente.

En realidad, sin ese desarrollo reglamentario, resultaba imposible siquiera realizar un seguimiento y un control efectivo sobre las prácticas de reproducción asistida que se estaban llevando a cabo. Aunque sólo fuese para evaluar el grado de cumplimiento de la normativa. De hecho, las consecuencias de la ausencia de un desarrollo reglamentario no sólo significaron una ausencia de control y de transparencia sobre las prácticas, sino también que numerosas disposiciones de esta ley quedasen en poco más que meras declaraciones de intenciones inoperantes, o como mucho quedando su cumplimiento totalmente a la voluntad de los centros que aplicaban las técnicas, pero sin que se pudiese realizar un control real de su cumplimiento.

En la línea de realizar un balance de estos diez años, hay que precisar que aún hoy en día no está completada la totalidad del desarrollo reglamentario previsto en estas leyes. En este sentido, lo primero que es preciso constatar en un balance de la historia normativa es que se trata de una historia inacabada y que —teniendo en cuenta los plazos marcados por las propias leyes— arrastra en algunos casos un retraso de una década.

El primer hito de este tardío desarrollo reglamentario tuvo lugar en marzo de 1996 —casi siete años fuera de plazo— cuando se aprobaron dos reglamentos de desarrollo de la Ley 35/1988: El Real Decreto 412/1996, de 1 de marzo, *por el que se establecen los protocolos obligatorios de estudio de los donantes y usuarios relacionados con las técnicas de reproducción asistida y se regula la creación y organización del Registro Nacional de Donantes de Gametos y Preembriones con fines de repro-*

ducción humana; y el Real Decreto 413/1996, de 1 de marzo, por el que se establecen los requisitos para la autorización y homologación de los centros y servicios sanitarios relacionados con las técnicas de reproducción humana asistida. Por otra parte, el 2 de mayo de 1996 se publicaba la Orden Ministerial de 25 de marzo de 1996, *por la que se establecen las normas de funcionamiento del Registro Nacional de Donantes de Gametos y Preembriones.*

No medió explicación ministerial alguna sobre estos retrasos. La primera señal de que se iba a iniciar esta regulación se había producido en noviembre de 1995, momento en el que el Ministerio de Sanidad había sometido los proyectos de estos reales decretos y de esta orden al Consejo Interterritorial de Sanidad. De todas formas, es curioso constatar cómo la publicación de estos reglamentos tenía lugar dos días antes de la celebración de las elecciones generales que habrían de significar la derrota del partido que apoyaba al gobierno, mientras que la orden ministerial se publica dos días antes de la investidura del nuevo gobierno. De alguna forma, parecía como si el gobierno, sustentado por el partido que había propuesto las leyes y con cuyos votos —entre otros— se habían aprobado, quisiese dejar solucionado en alguna medida el desarrollo reglamentario de estas leyes antes de la investidura de un gobierno apoyado por partidos que habían votado en contra de las leyes y formado por el partido cuyos diputados habían presentado los recursos de inconstitucionalidad. Si esto fuese así resultaría vano, en la medida en que, a tenor del rango reglamentario de estas normas, no ofrecería dificultad alguna su modificación o derogación por parte del nuevo gobierno —cosa que no obstante no ocurrió⁴. En cualquier caso, esta actuación de última hora tampoco justifica la amplia demora soportada.

Estas normas no agotaban el desarrollo reglamentario previsto por la Ley 35/1988, y fue al año siguiente cuando se dio un paso más ya con el nuevo gobierno. En marzo de 1997 el Real Decreto 415/1997 creaba la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida (CNRHA, que tendría que haber sido creada en la primera mitad de 1989), quizá una de las principales cuestiones pendientes en cuanto al desarrollo reglamentario.

Con respecto a la evaluación del contenido de la normativa de desarrollo en relación con la legislación que la habilitaba, nos limitaremos a hacer algunas consideraciones críticas genéricas (ya que su desarrollo excedería con mucho los propósitos de este escrito), pero que son necesarias. Los reales decretos 412 y 413/1996 contienen determinados aspectos que casi llegan a desvirtuar el contenido de la ley (al introducir sesgos y limitaciones que incluso pueden suponer para los usuarios restricciones con respecto al régimen legal y, en esta medida, intentando reformas por vía reglamentaria). Por otra parte, muchas de las disposiciones sobre

⁴ Tampoco parece que a pesar de la oposición en su momento y del recurso de inconstitucionalidad se vaya a modificar la ley radicalmente. Por otra parte, el nuevo gobierno ni siquiera siguió la línea de inhibición en el desarrollo reglamentario, como se verá a continuación

los centros parecen simplemente limitarse a convalidar la realidad existente, sin ninguna intención realmente reguladora. Finalmente, en determinados puntos concretos, se llega a contradecir directamente el contenido de la Ley 35/1988, como cuando, por ejemplo, el Real Decreto 412/1996 afirma que su normativa será aplicada también a la utilización de donaciones procedentes del extranjero, lo que no está permitido legalmente.

Pero, como decíamos, con esto no se agotó siquiera a estas alturas el desarrollo de estas leyes. Con respecto a la Ley 35/1988 queda por aprobarse la lista de enfermedades genéticas o hereditarias susceptibles de ser detectadas por diagnóstico prenatal a efectos de prevención y tratamiento⁵, y, por otro lado, los requisitos para la autorización con carácter excepcional de experimentos con gametos, preembriones, embriones o fetos humanos, así como las autorizaciones que al respecto puedan ser delegadas en la CNRHA.

El desarrollo de la Ley 42/1988 está completamente por realizar, salvo en aquellos aspectos en los que la regulación referente a la otra ley afecta a aspectos puntuales de esta. Así, la Ley 42/1988 también prevé la creación de una Comisión específica de asesoramiento con potestad para realizar determinadas autorizaciones. En la medida en que ésta no ha sido creada, la CNRHA propuso en su primer informe anual refundir ambas comisiones en una sola, o que le fuesen atribuidas las funciones de la comisión prevista por la Ley 42/1988, para lo que sería necesaria una norma con rango de ley⁶.

Para completar la panorámica del marco normativo, hay que mencionar también la firma por parte española de la Convención para la protección de los Derechos del Hombre y de la dignidad del ser humano con relación a las aplicaciones de la biología y la medicina (1997) auspiciada por el Consejo de Europa (con relevancia para cuestiones como la investigación con preembriones o la selección de sexo), así como su protocolo adicional sobre prohibición de clonación de seres humanos (1998).

Recapitulando las principales conclusiones de esta historia normativa, el juicio que merece esta legislación podría basarse —según nuestro criterio— en las siguientes consideraciones. Habría que decir que es positiva la existencia de una regulación, en la medida en que genera algún grado de seguridad jurídica, de protección de los derechos de los sujetos implicados y que ofrece cierto nivel de racionalidad en la disciplina de las prácticas. En general —atendiendo a otras experiencias— es seguramente mejor que exista regulación (por lo menos en determinados aspectos) a que no la haya en absoluto, por los problemas que esta ausencia puede suponer. Sin embargo, hay que objetar varias cosas en el caso concreto: algunas de las opciones axiológicas y de las soluciones adoptadas son muy criticables; a pesar de la

creación de una comisión especial de estudio, las leyes no acabaron siendo fruto ni del consenso ni de la maduración de un debate social; la técnica legislativa es en muchos casos deficiente, lo que genera problemas prácticos e interpretativos; y, finalmente, se ha producido una demora enorme en el desarrollo reglamentario. Esto último fue probablemente lo más grave: en primer lugar la excesiva tardanza en la realización de tal desarrollo, como hemos afirmado, dificultó la efectividad y a eficacia real de la regulación jurídica, dejó amplios espacios de incertidumbre y generó inseguridad jurídica⁷; en segundo lugar, cuando este desarrollo se produjo, vinieron los problemas interpretativos derivados de algunas incompletudes y ambigüedades de los textos reglamentarios⁸. Estas consideraciones son relevantes y habrán de ser retomadas en el análisis que se realizará sobre la eficacia de esta normativa.

⁷ No es un factor menor de inseguridad jurídica el hecho de que los mandatos de desarrollo reglamentario establezcan plazos determinados, pues se puede entender que la habilitación para que el gobierno dicte esa normativa se refiere sólo al caso en que sea promulgada dentro de ese plazo. Siendo esto así, se puede incluso dudar razonablemente de la validez de una norma reglamentaria dictada fuera de plazo. No se trata de una tesis sin base. Precisamente para el caso de la Ley 42/1988 el Tribunal Constitucional se pronunció sobre esta cuestión en la Sentencia 212/1996. Según su fundamento jurídico 7º, el contenido normativo de la disposición objeto de impugnación no se agota en ordenar el desarrollo reglamentario, sino que también exige que este tenga lugar dentro del plazo previsto. Así, cualquier disposición reglamentaria que en un futuro pudiese dictar el gobierno sobre tal materia: "no podrá tener más apoyatura que la eventualmente derivada de su propia potestad reglamentaria, con los límites constitucionales y legales inherentes, nunca la de una prescripción como la que nos ocupa, absolutamente decaída en el tiempo".

Atendiendo a estas razones, habrá que entender que todas las disposiciones finales de las leyes 42 y 35/1988 habrán perdido su capacidad de habilitar el desarrollo reglamentario. Lo habrán perdido formalmente, lo que significa que cualquier desarrollo de este tipo habría de limitarse a cuestiones que no estén sujetas a reserva de ley y no se podría apoyar normativamente en aquellas disposiciones finales. Entonces, aunque muy probablemente los gobiernos se sientan vinculados por la necesidad de un desarrollo reglamentario (débilmente, ya que no respetaron los plazos) sin embargo, desde el punto de vista normativo no es inconveniente cuestionar la validez de estos reglamentos atendiendo a los criterios del Tribunal Constitucional: tanto de los reglamentos que efectivamente se han promulgado fuera de plazo como de los que aun no se han dictado.

De la doctrina del Tribunal Constitucional se desprende que tendrán validez los reglamentos cuyo contenido no suponga una vulneración de la reserva de ley, pero sin que la habilitación legal de las disposiciones finales suponga una habilitación específica. Así, por ejemplo, el caso de la disposición concreta sobre la que se pronuncia el Tribunal Constitucional es relativo a la determinación de los criterios para apreciar la viabilidad de los fetos o embriones. Aunque el Tribunal Constitucional no llega a entrar en la cuestión, si tenemos en cuenta que la viabilidad o no viabilidad es determinante a efectos de las consecuencias jurídicas para estos fetos, parece que debería existir una reserva de ley para esta cuestión, atendiendo también lo expresado por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 53/1985 sobre la protección de los *nasciturus*. Siendo así, el gobierno no podría determinar estos criterios reglamentariamente una vez que se extinguió la habilitación legal.

Como se puede ver, la cuestión es compleja y discutible y tal juicio habría que realizarlo para cualquiera de los posibles desarrollos realizados fuera de plazo, lo que —como decíamos— es fuente de inseguridad jurídica.

⁸ Estos problemas se concretarán sobre todo en lo referente al diagnóstico y tratamiento embrionario (sobre todo en lo que se refiere a las enfermedades de origen genético), como en lo referente a la investigación y experimentación. Desde la incertidumbre en cuanto a la posibilidad de aplicación de terapias en el caso de este tipo de enfermedades antes de disponer de una lista de enfermedades tratables prevista en la ley, hasta la poca claridad en la regulación del régimen de autorización excepcional de investigaciones no recogidas expresamente en la ley.

⁵ El Real Decreto de 1997 por el que se creaba la Comisión, le encargaba el estudio y elaboración de esta lista. Pero resulta claro que sólo puede ser a efectos consultivos, puesto que legalmente sólo el gobierno es competente para su aprobación.

⁶ Informe Anual de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, Madrid, Ministerio de Sanidad y Consumo, diciembre de 1998, pág. 2.

La historia normativa aún no ha culminado. Y no sería extraño que se escribiese su segundo capítulo antes de que se haya terminado el primero, pues —como veremos en un punto siguiente— ya se están proponiendo determinadas reformas en las leyes, cuando su desarrollo reglamentario no ha sido culminado.

3. UNA HISTORIA CONSTITUCIONAL FINALMENTE ACABADA

Si la historia normativa no ha finalizado, hasta hace poco tampoco se había corrido mejor suerte en cuanto a la historia constitucional. Resulta paradójico que en una materia tan sujeta a la evolución, al cambio y a las novedades provocadas por los nuevos descubrimientos, las instituciones jurídicas hayan mostrado tanta lentitud después del impulso inicial.

Tanto contra la Ley 35/1988 como contra la Ley 42/1988 se interpusieron sendos recursos de inconstitucionalidad, presentados en ambos casos por un conjunto de diputado del Grupo Popular del Congreso. Ambos recursos se dirigían contra la totalidad de las leyes y subsidiariamente contra algunos de sus artículos. Con respecto a la primera, el recurso se presentó el 24 de febrero de 1989 y se admitió a trámite el 13 de marzo. Desde entonces ha estado pendiente de resolución hasta junio de 1999 (Sentencia 116/1999), lo que constituye un plazo especialmente llamativo, al haber transcurrido más de diez años desde la admisión a trámite. Después de tanta demora, finalmente la sentencia dejaba las cosas prácticamente como estaban, convalidando la constitucionalidad de la ley⁹. Para el caso de la segunda, el recurso se presentó en marzo de 1989 y aunque la sentencia se demoró casi siete años, fue finalmente el 19 de diciembre de 1996 (Sentencia 212/1996).

Comenzaremos por el análisis de esta segunda sentencia, para seguir un orden cronológico y por el hecho de que ésta adelantaba en buena medida lo que sería también el fallo de la segunda, por lo menos en sus aspectos principales. Su fallo estimaba parcialmente el recurso, aunque sólo en cuestiones relativamente menores teniendo en cuenta el alcance del recurso, que era desestimado en la mayoría de las cuestiones planteadas. De hecho, los incisos de la ley que se anulaban por inconstitucionalidad eran mínimos y no hacían cambiar prácticamente nada el sentido de la ley¹⁰. Hubo un voto

⁹ Salvo en un aspecto que veremos, pero sin excesiva relevancia práctica.

¹⁰ Se declara la inconstitucionalidad de dos incisos. El primero sería el que matiza "con las adaptaciones que requiera la materia" al declarar de aplicación a las infracciones y sanciones previstas en la Ley General de Sanidad. Se declara inconstitucional por no respetar el principio de predeterminación normativa en materia sancionadora, por lo que la remisión a la Ley General de Sanidad se tiene que entender incondicionada. La sentencia de 1999 anulaba también un inciso análogo en la Ley 35/1988. (Hay que decir, sin embargo, que la propia normativa sancionadora de la Ley General de Sanidad resulta muy poco respetuosa del principio de tipicidad a la hora de describir las conductas infractoras).

El segundo aspecto en el que el recurso se admite parcialmente es el que se refiere al inciso "o de conformidad con las

particular que aceptaba en mayor medida las alegaciones de los recurrentes.

En el recurso se alegaba la inconstitucionalidad tanto *formal* como *material* de la ley. Por lo que respecta a la inconstitucionalidad *material*, la principal razón del recurso es que la ley habría quebrado la protección constitucionalmente exigible de la vida humana (artículo 15 de la Constitución)¹¹. Para determinar si este artículo constitucional había sido vulnerado, el tribunal recurre ampliamente a su sentencia 53/1985 (recaída sobre el recurso previo de inconstitucionalidad sobre el proyecto de ley orgánica de reforma del artículo 417 bis del Código Penal, referido al aborto). En concreto, se apoyaba en el fundamento jurídico 7º de aquella sentencia que afirmaba

"los argumentos aducidos por los recurrentes no pueden estimarse para fundamentar la tesis de que al *nasciturus* le corresponda también la titularidad del derecho a la vida".

Basándose en esta consideración, la Sentencia 212/1996 rechaza la objeción general a la Ley 42/1988 por vulneración del contenido esencial (artículo 53.1 de la Constitución) del artículo 15 de la Constitución según el cual "todos" tienen derecho a la vida: en este caso el objeto de esta ley no afectaría al derecho fundamental a la vida de "todos", es decir, de los nacidos. La argumentación del Tribunal Constitucional sobre este punto en la Sentencia 53/1985 —que se reitera en la 216/1996— consiste en que en el caso de la vida del *nasciturus* no se está ante el derecho fundamental a la vida sino ante un *bien jurídico constitucionalmente protegido* que forma parte del contenido normativo del artículo 15 de la Constitución pero no de su contenido esencial (Fundamento Jurídico 3º). La cuestión será, así, determinar cuál es el grado de protección que con base en el artículo 15 cabe otorgar a este bien jurídico, para establecer si fue respetado en la ley. En este sentido, también según la doctrina recogida en la Sentencia 53/1985, el Estado tiene dos obligaciones con respecto al *nasciturus*: abstenerse de interrumpir el proceso de gestación y establecer un sistema legal de defensa de la vida. En la medida en que —argumenta el Tribunal Constitucional— del examen de los artículos impugnados de la Ley 42/1988 no se desprende vulneración alguna de estas obligaciones, no existen motivos para considerar su inconstitucionalidad¹².

disposiciones normativas vigentes" referido a la justificación de determinadas actuaciones sobre fetos o embriones vivos en el útero. El Tribunal Constitucional mantiene que se trata de una remisión normativa excesivamente imprecisa y que sólo se podrá considerar válida —para cumplir con el principio de legalidad— si se refiere al todavía vigente artículo 417 bis del derogado Código penal, en lo referido a la despenalización parcial del aborto.

¹¹ En concreto se decía que la ley no definía claramente qué se entiende por embrión y feto, y no respetaba el contenido esencial del artículo 15 de la Constitución al hacer susceptibles a fetos y embriones del contrato de donación (artículo 10 de la Constitución), y permitir actuaciones sobre fetos y embriones aun estando vivos y con fines no terapéuticos, lo que puede conducir a su muerte.

¹² Una de las cuestiones que el recurso impugnaba era la distinción entre embriones viables y no viables, atribuyéndoles diferentes tratamientos jurídicos. Sin embargo el tribunal considera que desde el momento en que las actuaciones previstas con respecto a los embriones y fetos viables van todas encaminadas

El recurso también alegaba la inconstitucionalidad *formal*, por cuanto se habría vulnerado la reserva de ley orgánica establecida en el artículo 86.1 de la Constitución, al regular materias relacionadas con la vida humana (un derecho fundamental) mediante ley ordinaria. En este punto el razonamiento se deriva esencialmente de la argumentación material sobre el grado de protección constitucional del *nasciturus*. Recordando anterior jurisprudencia constitucional, la Sentencia argumenta que la exigencia de la utilización del procedimiento de ley orgánica, por cuanto exige para su aprobación una mayoría cualificada, ha de entenderse restrictivamente y en términos de excepción a la regla. Con esta premisa, afirma que en la jurisprudencia anterior se viene entendiendo la reserva de forma que no se amplíe más allá del ámbito propio del derecho fundamental en cuestión. Un ámbito que, según la interpretación ya expuesta, supera la protección del *nasciturus*, por más que ésta también se base en el artículo 15 de la Constitución.

En definitiva, la sentencia de constitucionalidad recaída sobre la Ley 42/1988 cambiaba en muy poco su contenido normativo. Desde otro punto de vista, a efectos prácticos la modificación era todavía menor, pues aunque los dos puntos en los que el tribunal enmendaba la ley, lo hacía desde una perspectiva escrupulosamente *garantista*, seguramente a efectos de interpretación el resultado fuese insignificante, aun si se diese el caso, ya que es difícil que un operador jurídico cualquiera hubiese obtenido soluciones interpretativas diferentes de las que se derivan del nuevo contenido de estos artículos.

Observaciones muy similares se pueden hacer de la Sentencia 116/1999 recaída sobre el recurso de inconstitucionalidad que pesaba sobre la Ley 35/1988. Esta sentencia rechaza la impugnación global de la ley y sólo admite parcialmente una de las alegaciones, anulando el inciso "con las adaptaciones requeridas por la peculiaridad de la materia" en la remisión a la Ley General de Sanidad. Sin embargo, rechaza el resto de alegaciones, al reiterar en buena medida los argumentos ya adelantados en la Sentencia 212/1996. En concreto, sigue la doctrina ya expresada en lo que quizás son las dos cuestiones centrales desde los puntos de vista respectivamente *formal* y *material*: desde el punto de vista *formal*, al rechazar la necesidad de que la ley tuviese que haber sido tramitada como ley orgánica, y en lo que se refiere al punto de vista *material*, al tratar de la protección del embrión humano.

Con respecto a la sentencia anterior, existen algunas novedades, ya que aparte de la pura cuestión de la protección de los embriones, la reproducción asistida plantea otros problemas. Sin embargo, también en este caso se rechazan todas las alegaciones de inconstitucionalidad. Así, para el Tribunal Constitucional la Ley 35/1988 no desnaturaliza el concepto de familia tal y como sostenían los recu-

rentes, por cuanto "el concepto constitucional de familia posee perfiles notoriamente más amplios que los considerados como tales por los diputados recurrentes" (Fundamento Jurídico 13), que se centran en la familia matrimonial con hijos.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional no ve problema en la protección del anonimato del donante recogida en la Ley 35/1988, a pesar de que el artículo 39.2 de la Constitución establece que "la ley posibilitará la investigación de la paternidad". Aun contando con esta referencia constitucional explícita, el Tribunal la salva considerando que no se está estableciendo en ella un "derecho incondicional" por lo que la investigación puede ser limitada si hay razones suficientes que lo justifiquen¹³. A esta sentencia también le han sido hechos dos votos particulares.

En definitiva, con una tardanza que ya parece ser parte inseparable de esta historia normativa, las dos sentencias del Tribunal Constitucional no han significado cambio alguno en la orientación de la regulación, por más que han despejado dudas sobre su constitucionalidad. Esto significa que cualquier tentativa de reforma de este régimen —ella misma susceptible de juicio de inconstitucionalidad— habrá de plantearse desde una consideración plenamente político-valorativa, no desde la objeción de constitucionalidad.

4. UNA CORTA HISTORIA JUDICIAL

Por el momento, todo lo que se ha dicho sobre estas leyes se ha dicho desde una perspectiva puramente normativa e interna a ellas mismas, introduciendo como mucho algunos aspectos externos referentes a su génesis. Pero incluso en lo referido a la evaluación de su constitucionalidad se ha permanecido en un plano en el que la interpretación de estas leyes —y su test de constitucionalidad— se hacía en abstracto, sin referencia a su aplicación a casos concretos. En este sentido, los juicios sobre la *eficacia* y la *efectividad*¹⁴ de la norma iban referidos a su tardanza y a la ausencia en algunos casos de desarrollo reglamentario, en la medida en que esto constituía una condición necesaria para las mismas. Sin embargo, para una evaluación completa de la efectividad y de la eficacia, el desarrollo reglamentario es sólo una condición necesaria, pero son suficiente, por lo que deberán ser examina-

¹³ Considero que esta es una interpretación algo torzada de este precepto constitucional. Existen fórmulas que permitirían salvar este derecho a la investigación de la paternidad de forma más adecuada al contenido constitucional. Lo expongo en detalle en *Reproducción, Poder y Derecho*, Madrid, Trotta, 1999, págs. 120 y ss.

¹⁴ Siguiendo la definición de estos conceptos que da J. R. Capella en *Elementos de análisis jurídico* (Madrid, Trotta, 1999), por *eficacia* de una norma jurídica con respecto a un fenómeno empírico se entendería la capacidad de la norma para funcionar como determinante causal de ese fenómeno, por lo que se trata de una relación material referida al impacto de la norma en el universo social. Por *efectividad* se entenderá un caso particular de lo anterior, como es la producción de los efectos esperables por las normas en el seno de las instituciones jurídicas, es decir, especialmente en el aparato del poder público. Por lo tanto, una norma es efectiva cuando como cuestión de hecho los funcionarios la obedecen y tienden a sancionar a quienes la contravengan.

a preservar su viabilidad, tampoco hay motivos de inconstitucionalidad. Y con respecto a los fetos inviables, por definición, no pueden ser calificados como *nasciturus* (Fundamento Jurídico 5º). Tampoco se considera motivo de inconstitucionalidad lo que determinadas interdicciones establecidas en la ley no se vean reforzadas con una sanción penal (Fundamento Jurídico 10º)

dos otros aspectos. En este sentido, el examen de la aplicación judicial de estas leyes puede dar indicios para la evaluación de la eficacia y la efectividad de estas normas. Y puede darla en la medida en que representa en unos casos una forma de aplicación coactiva de las normas (que es una de las posibles formas de aplicación) y en otros un modo de resolución de conflictos. Tanto en uno como en el otro caso es indicativo de la forma en que esas normas han incidido en la realidad social que pretendían regular.

Por otra parte, el examen de la aplicación jurisprudencial de estas normas ofrece un beneficio más obvio y de utilidad tanto desde la perspectiva de la labor dogmática como para una perspectiva jurídica *realista* interesada en determinar cuál es realmente el derecho aplicado. A través de este examen es posible, además, detectar problemas interpretativos (incluso hipotéticamente constitucionales) que se pueden escapar a un examen abstracto, por lo que también es posible desde aquí refinar el análisis y la crítica normativa.

Pues bien, la historia de la aplicación en los tribunales de estas leyes es limitadísima. El único caso destacable que se ha producido tuvo lugar ante un juzgado de primera instancia de Mataró y en la posterior apelación ante la Audiencia Provincial de Barcelona¹⁵. Se trataba de un caso de jurisdicción voluntaria relativo a una petición para poder realizar una selección del sexo de la descendencia¹⁶.

Muy resumidamente, el caso consistió en que en agosto de 1990 un juzgado de Mataró autorizaba la realización de una selección del sexo de la descendencia (en aparente contradicción con la prohibición legal). Tres meses después, ante un recurso del Ministerio Fiscal, la Audiencia Provincial de Barcelona dictaba un auto en sentido contrario, en el que se revocaba la decisión de instancia¹⁷. La argumentación del auto del Juzgado —expuesta de forma absolutamente sumaria— se basaba en que a pesar de la sanción que lleva aparejada la conducta de selección del sexo de la descendencia, esta sanción se excluye —según se recoge en la ley— en el caso de que la selección de sexo sea realizada “por motivos terapéuticos”. La particularidad de su interpretación era entender —siguiendo la argumentación de la solicitante— que estos mo-

tivos terapéuticos no se refieren en exclusiva a la posible descendencia (para evitar la transmisión de enfermedades ligadas al sexo) sino también a la madre. Dado que la solicitante presentaba un cuadro depresivo vinculado al hecho de haber tenido cinco hijos varones y a desear una niña, se entendía —con apoyo de diferentes informes periciales— que la selección del sexo podía significar un medio terapéutico con respecto a su depresión. Si tal argumentación significaba una vuelta de tuerca imprevisible de la ley, la argumentación del Ministerio Fiscal para oponerse era todavía más enrevesada. Aprovechando lo alegado por la solicitante y lo recogido en los informes periciales, argumentaba que no se podía permitir el acceso de esta mujer a la reproducción asistida, ya que la ley exigía “un buen estado de salud psicofísica” para que una mujer pudiese ser sometida a las técnicas de reproducción asistida, lo que era desmentido en la propia solicitud. En otras palabras, intentaba volver los argumentos de la solicitante contra sus propias pretensiones. El auto de la Audiencia Provincial, además de acoger esta argumentación, añadía además que los motivos terapéuticos no podían en ningún caso referirse a la madre, sino sólo a la descendencia, por lo que rechazaba la pretensión.

Tanto una argumentación como otra resultan cuanto menos sorprendentes. He aquí que, llegado el momento de la aplicación práctica de la ley en los tribunales, se pudo comprobar como incluso en un punto en el que la opción legislativa parecía estar clara, en realidad surgían problemas interpretativos inesperados. Creo que tales problemas hay que atribuirlos en parte a deficiencias en la redacción de la ley, pero también a una cierta inconsistencia y a ciertas aporías en su esquema general de solución de una cuestión central como es la del acceso a la reproducción asistida, que en esta ley se vincula confusamente a la infertilidad¹⁸.

De la Ley 35/1988 se ha dicho que era confusa y que no resolvía determinadas cuestiones especialmente difíciles. Pero en esta ocasión ocurría eso incluso en una cuestión que aparentemente estaba clara y en la que el modelo acogido parecía inequívoco. Así pues, las carencias de la ley quedaban puestas de manifiesto incluso en un punto como este, que hay que admitir que no estaba lo suficientemente claro. Si la historia judicial de estas leyes era corta, tampoco se podía decir que fuese demasiado gloriosa.

Pero si examinamos la cuestión en una perspectiva más amplia ¿en qué sentido cabe interpretar que hayan llegado a los tribunales tan pocos casos relativos a la reproducción asistida o a la donación de embriones? Y, ya que estamos evaluándolas, ¿qué significado tiene este hecho con relación a estas leyes? ¿Significa que la ley ha logrado clarificar un marco de actuación que ha guiado estas prácticas sin generar conflictos? ¿Significa, por el contrario, que la práctica social de la reproducción

¹⁵ Llegó a interponerse un recurso de casación, que sin embargo fue admitido a trámite por haberse reformado la Ley de Enjuiciamiento Civil en el sentido de no admitir este recurso en los procesos de jurisdicción voluntaria.

¹⁶ Al margen de éste, sólo puedo señalar otro caso —y afectando muy colateralmente a la cuestión— en una Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en lo relativo al reintegro de gastos de tratamiento de reproducción asistida.

¹⁷ Comentarios sobre este caso se encuentran en J. Vidal Martínez, “Elección de sexo: comentario a una reciente decisión judicial aplicando la Ley española sobre Técnicas de Reproducción Asistida”, en *Revista General del Derecho* nº 59, 1991, págs. 2535-2545 (y más brevemente en “Las técnicas de reproducción asistida en el derecho español”, en J. Vidal (coord.), *Derretos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*, Granada, Comares-Ministerio de Sanidad y Consumo, 1998, págs. 54-151); y C. Hernández Ibáñez, “Selección del sexo y derechos de la persona”, en *La Ley*, 2º, 1992, págs. 965-969. El texto completo del Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona se recoge en C. Romeo Casabona (ed.) *Código de Leyes sobre Genética*, Universidad de Deusto-Fundación BBV-Diputación Foral de Bizkaia, 1997, págs. 814-820.

¹⁸ No es posible —por razones de espacio— desarrollar aquí este argumento. En general, sobre la cuestión de la infertilidad como elemento legitimador/limitador con respecto al acceso a las técnicas de reproducción asistida, se puede consultar el capítulo IV de *Reproducción, Poder y Derretos*, cit., págs. 157 y ss.

asistida sigue un camino tan alejado de la legalidad que la ley ni siquiera es referente? Y, si fuese esto último, la discrepancia entre realidad y legalidad ¿significa simplemente que estas leyes (y la normativa que las desarrolla) no han conseguido conformar a sus principios unas prácticas sociales que se mueven con autonomía, o se llega hasta el punto de que se produzcan abiertas vulneraciones de la legislación?

5. UNA HISTORIA SOCIAL PARALELA

En realidad estas preguntas no se pueden responder categóricamente, porque no existen datos suficientes sobre las prácticas reales que poder contrastar. Desde los centros en los que se practica estas técnicas no siempre existe interés en proporcionar datos contrastables sobre las prácticas (por no dar publicidad a procedimientos controvertidos, para fomentar el conocimiento de los éxitos pero no de los fracasos, etc.) y desde la administración, salvo excepciones, tampoco se ha efectuado una labor sistemática de recogida de datos. Por estas razones se intentará perfilar cuál es la situación a partir de la formulación de algunas afirmaciones necesariamente no cuantitativas:

1º La propia ausencia de datos sobre las prácticas es un ejemplo de la ineffectividad del cuerpo normativo.

2º Todo el entramado de control administrativo diseñado por estas leyes no se ha puesto completamente en funcionamiento.

3º Las prácticas reales —con independencia de su legalidad— tienden a desplazar o a modificar la normativa.

4º No hay noticia de que se hayan producido sanciones.

5º Hay noticia, sin embargo, de presuntas infracciones.

6º Hay indicios de que en alguna medida la legislación ha conformado en algo las prácticas.

7º El hecho de que no se hayan producido demandas civiles es seguramente producto de la existencia de una previsión normativa, es decir, de la propia legislación.

Veamos cada una de ellas por separado, para precisar cuál es el alcance de estas afirmaciones.

— *La propia ausencia de datos sobre las prácticas es un ejemplo de la ineffectividad del cuerpo normativo.* Se da la paradoja de que las prácticas de reproducción asistida y relativas a los embriones extracorpóreos que se realizaban en España eran mejor conocidas antes de la aprobación de la legislación sobre la materia que después, a pesar de que uno de los objetivos de la propia legislación era el control administrativo de esas prácticas. Efectivamente, antes de la aprobación de la ley, y con motivo de los trabajos de estudio previos, se recopilaron una serie de datos sobre las prácticas de reproducción asistida que se estaban realizando, lo que permitió conocer aproximadamente el estado de la cuestión.

Alcanzar el objetivo de un control administrativo

sobre determinados aspectos de las prácticas pasaba por la previsión del ejercicio de potestades de autorización, inspección y sanción con respecto de los diferentes centros en los que se realizasen estas prácticas y presuponia el mantenimiento de una serie de registros y del establecimiento de una serie de requisitos para la autorización de las diferentes actividades, siendo especialmente estrictos para el caso de los proyectos de investigación. El hecho de la ya mencionada tardanza en el desarrollo reglamentario provocó que la información oficial de la que se disponía en los años siguientes a la aprobación de las leyes fuese mínima e incluso inferior a la que se tenía con anterioridad. De esta forma, por lo menos uno de los objetivos de esta legislación se veía frustrado a causa de la falta de voluntad de una administración que vulneraba la ley. Sólo en los últimos años se ha venido retomando esta actividad de información y control, pero sin que se haya completado siquiera el diseño de los órganos previsto, como se verá en el siguiente punto¹⁹.

— *El entramado de control administrativo diseñado por estas leyes no se ha puesto completamente en funcionamiento.* Los problemas expuestos en el punto anterior no sólo se limitan a una carencia de información, sino que inciden sobre el control de la adecuación de los centros y de las prácticas a los mínimos establecidos legalmente. El régimen competencial diseñado por estas leyes (y el que se deriva del régimen general de distribución competencial en materia de sanidad) otorgaba a diferentes administraciones y autoridades administrativas independientes las potestades y deberes de control con respecto a las prácticas tanto clínicas como de investigación. El esquema general resulta de una cierta complejidad y fragmentariedad, pero independientemente de ello, en realidad no se ha puesto a pleno rendimiento, lo que genera por un lado la ausencia de información mencionada y por otro desigualdad y fragmentariedad en el control administrativo de adecuación de las prácticas a los principios legales.

En el esquema de distribución competencial, la Administración Central (el Ministerio de Sanidad) queda encargada de realizar el desarrollo reglamentario y con él de establecer los patrones por los que ejercer las potestades de control, así como de ejercer una labor de coordinación interterritorial. El elemento clave para el ejercicio de estas potestades pasa por la creación del Registro de donantes de gametos y preembriones con fines de reproducción humana previsto en la ley. Se trata de un registro único centralizado de ámbito estatal que está formado por los registros de cada uno de los centros. De todas formas, y sin perjuicio de la confidencialidad y secreto que exigen este tipo de registros, desde aquí se realiza el seguimiento únicamente de los donantes a efectos de control del número de hijos (para evitar un número excesivo procedente de un mismo donante) o a efectos sanitarios, pero

¹⁹ Se cuenta ya —como se verá— con un registro bastante aproximado de los centros existentes, pero no de los indicadores de su actividad. En este sentido, el número de centros autorizados en España a finales de 1998 era de 114, de los cuales apenas 15 eran públicos, con una distribución geográfica irregular

no un registro de las actividades de los centros. Posteriormente, el desarrollo de la normativa había previsto el establecimiento de otros dos registros centralizados creados a partir de la información proporcionada por las Comunidades Autónomas: el de Centros y Servicios Sanitarios relacionados con las técnicas de reproducción asistida y el de indicadores de actividad de estos centros. Se trata de unos registros de mayor interés para el control de la calidad de los servicios ofrecidos y para una mayor garantía para los usuarios²⁰.

Por su parte, las Administraciones autonómicas serían en principio las encargadas de ejercer directamente las potestades de autorización e inspección con respecto a los diferentes centros, esencialmente en lo referido a las prácticas clínicas. Igualmente, serían las encargadas de sostener los registros que proporcionarían los datos a los registros centrales.

Finalmente, se creaban dos organismos, la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida (CNRHA) y la Comisión de donación y utilización de embriones. Además de ejercer otro tipo de funciones, fundamentalmente de tipo consultivo, significaban también autoridades administrativas independientes con potestades de autorización que le podían ser delegadas por parte de la administración en lo referente a proyectos de investigación y con capacidad para dictar criterios para el funcionamiento de los centros.

Ante la prolongada ausencia de desarrollo reglamentario de estos aspectos (es decir, ante la falta de voluntad por parte de la administración central) todas estas actividades han dependido en muy buena medida de la voluntad o de la iniciativa de las administraciones autonómicas. En este sentido es destacable el caso de Cataluña, en donde ya desde 1991 se reguló el régimen de autorización administrativa de los centros y servicios que realizaban técnicas de reproducción asistida²¹ y desde 1992 existe una Comisión Asesora sobre técnicas de reproducción asistida²². Pero este ha sido un caso excepcional (seguramente tiene algo que ver con la extensión de las prácticas en esa Comunidad), ya

que en otras Comunidades en general no se ha comenzado a actuar hasta después del desarrollo reglamentario.

Pero en realidad, todo esto está referido exclusivamente a la reproducción asistida. En el caso de la donación y utilización de embriones humanos, el régimen de control previsto es análogo, pero el nivel de desarrollo reglamentario (incluyendo la creación de la Comisión Nacional) es todavía muy bajo, por lo que la capacidad de incidir y evaluar la adecuación de las prácticas a la legalidad es todavía más limitado.

— *Las prácticas reales —con independencia de su legalidad— tienden a desplazar o a modificar la normativa.* Este es también un fenómeno paradójico. La pretensión de estas leyes —implícito en el propio hecho de su existencia— era incidir en las prácticas para adecuarlas a una serie de principios y normas. Sin embargo, el resultado final ha sido en cierta medida el inverso, ya que la propia normativa se ha ido adaptando a las prácticas vigentes. Un ejemplo claro es el desarrollo reglamentario, que fue rebajando el nivel de exigencia con respecto a los centros. No hay que extenderse en esto, ya que muchos de estos aspectos han sido ya mencionados en la evaluación global del desarrollo reglamentario: el respeto por los principios legales se bordea en ocasiones, introduciendo sesgos referentes a la infertilidad que ahondan más en la “medicalización” de lo que hacía la propia ley; la regulación con respecto a los requisitos de autorización se limita a convalidar la realidad existente; y en algunos casos se “autorizan” prácticas no permitidas legalmente (como la mencionada utilización de gametos donados procedentes de otros países).

Algunas de las modificaciones propuestas por el informe de la CNRHA parecen ir también por esta vía. Así, se sugiere modificar principios de la ley para adaptarlos a determinadas prácticas reales que se admite que son divergentes de las que la legislación prescribe. Este es el caso, por ejemplo, de la gratuidad de las donaciones, un principio claramente establecido por la ley (e irrenunciable según se desprende de la STC 212/1996) pero que la CNRHA propone modular para adaptarlo a una situación real en la que se da el pago.

Se podrían examinar más ejemplos (como el de la congelación de óvulos), pero lo importante es destacar este fenómeno. La normativa legal en alguna medida está influyendo en las prácticas reales (lo veremos en un punto siguiente), pero lo cierto es que existen prácticas que bordean o infringen la legalidad; y lo hacen de tal forma que no provoca una reacción que las adapte a la misma (como sería esperable desde un análisis normativo). Por el contrario, estas prácticas logran, en primer lugar, pervivir sin reacción jurídica y, en segundo lugar, constituir una fuerza de suficiente entidad como para promover la reforma de las normas que presuntamente las habrían de regular. Esta reforma se realiza o por medios informales (y estrictamente antijurídicos, como el del ejemplo mencionado), o por medios formales, en el caso de que se acabe forzando una reforma de la legislación.

²⁰ Según reconoce el primer informe anual la CNRHA, el registro de centros ha sido finalmente puesto en marcha y resulta fiable en lo relativo a los centros en los que se practica la fecundación *in vitro* o que son bancos de semen, pero no para centros en los que se realiza inseminación artificial, cuya práctica es posible con poca dotación técnica. Por el contrario, el registro de indicadores de actividad aún no funciona normalmente.

²¹ Decreto nº 123/1991, de 21 de mayo, DOC de 7 de junio de 1991 nº 1452, RCL Cataluña 1991, 229.

²² Creada por Orden de 25 de mayo de 1992 del Departamento de Sanidad y Seguridad Social (DOC de 17 de junio nº 1608, RCL Cataluña 1992, 302). Entre sus funciones están fundamentalmente las consultivas, aunque también se recoge la de elaborar los listados de enfermedades genéticas y hereditarias que puedan ser detectadas con técnicas de diagnóstico preimplantatorio. En este caso se trata o de una extralimitación en sus funciones o de un cometido nuevamente limitado al asesoramiento (véase nota nº 5), ya que según la letra d) de la disposición final primera de la Ley 35/1988 tendría que ser el gobierno mediante Real Decreto el que la promulgase (nuevamente con la salvedad de que tendría que haberlo hecho en seis meses, por lo que incluso se podría pensar que el transcurso del plazo habilita a otra administración a elaborarla). La existencia de Comisiones autonómicas está prevista en la Disposición Final cuarta de la Ley 35/1988, y según el artículo 12 del RD 415/1997 tendrán la consideración de comisiones de “soporte y referencia” con respecto a la Comisión Nacional.

En cualquier caso, que esto sea así es desde luego ilustración de un considerable nivel de ineficacia de la legislación, en la medida en que sus normas y principios no se cumplen. Las razones son tanto el propio incumplimiento por parte de la administración (inefectividad) como el poder y capacidad que tienen determinados actores para sustraerse a las consecuencias del incumplimiento y para hacer de ello un factor de modificación de las normas.

— *No hay noticia de que se hayan producido sanciones*²³. Esto no hace sino confirmar lo expresado en el punto anterior. Poco a poco se establecen los mecanismos de control e inspección de los centros y de las prácticas por parte de las Comunidades Autónomas. Sin embargo, hasta el momento no parece que se hayan producido sanciones, aun teniendo en cuenta que hay indicios suficientes como para pensar que sí se han producido actos contrarios a la ley y tipificados como infracciones.

— *Hay noticia, sin embargo, de posibles infracciones*. Efectivamente, hay los indicios suficientes como para constatar la existencia de prácticas contrarias a las normas y principios recogidos en la legislación sobre esta materia. Se trata de prácticas que o bien podrían constituir infracciones sancionables administrativamente (o incluso penalmente), o bien serían directamente contrarias a alguna disposición recogida en la legislación, aunque no esté prevista expresamente una sanción. Se pueden citar por lo menos cuatro ejemplos:

a) La oferta y la gestión del acceso a la maternidad de alquiler en el extranjero por parte de algunos centros españoles. No es un secreto (ha aparecido en diarios y en reportajes televisivos) que determinados centros de reproducción asistida españoles ofertan y gestionan a parejas españolas la contratación de madres de alquiler por medio de agencias situadas en otros países (normalmente Estados Unidos), para de esta forma sortear la legislación española, en la que estos contratos son nulos de pleno derecho. Hay que señalar que la Ley 35/1988 no prevé ninguna sanción para esta conducta; sin embargo, como veremos en un punto posterior, podría ser constitutiva de delito de recepción de un menor mediante compensación económica del artículo 221.2 del Código Penal (del que serían sujetos activos las personas que reciban al menor y los intermediarios).

b) El pago por la donación de gametos. Que se paga por las "donaciones" de semen y óvulos es un hecho conocido, pues incluso han aparecido anuncios en la prensa en los que se promete una "compensación económica", que es de unos pocos miles de pesetas en el caso del semen y superior a las cien mil en el caso de los óvulos. Tampoco esta conducta está expresamente recogida en la Ley 35/1988 como constitutiva de una infracción, pero sí que está expresamente excluida por su artículo 5²⁴

c) La crioconservación de óvulos. Se han efectuado algunas experiencias de congelación de óvulos y de su posterior utilización para la reproducción en algunos centros españoles. Sin embargo, el artículo 11.2 de la Ley 35/1988 prohíbe la "crioconservación de óvulos con fines de Reproducción Asistida, en tanto no haya suficientes garantías sobre la viabilidad de los óvulos después de su descongelación". Esto no significa que la experimentación consistente en la crioconservación de óvulos esté prohibida, ya que de hecho el artículo 14.2 la autoriza expresamente; sin embargo, el artículo 14.3 prohíbe que los gametos usados para la investigación y experimentación sean utilizados para originar preembriones con fines de reproducción. Por lo tanto, hacer esto constituiría una infracción muy grave según la letra x) del artículo 20.2.B. Podría pensarse que la condición de la prohibición de esta conducta (mientras no haya suficientes garantías de viabilidad) ha desaparecido a causa de los avances técnicos. Si esto fuese así, la conducta no estaría prohibida y además no constituiría una actividad de investigación y experimentación, por lo que no regiría la prohibición del artículo 14.3 y consecuentemente la conducta ya no sería constitutiva de la infracción de la letra x) del artículo 20.2.B. No obstante, aunque la técnica de congelación de óvulos se haya desarrollado desde la aplicación de la ley, la propia CNRHA (partidaria, por otra parte, de fomentar controladamente la investigación de esta técnica), afirma literalmente que "el nivel alcanzado por las investigaciones en estas materias (...) no permite afirmar que exista todavía una evidencia suficientemente amplia como para considerar que se dan con carácter general las garantías que exige la Ley para la realización de estas prácticas"²⁵. Además, la CHRHA se pronuncia por la necesidad de que —por una exigencia de seguridad jurídica— sea una norma por lo menos con rango de Real Decreto la que eventualmente levantase de forma explícita la prohibición temporal de la ley. Incluso se podría mantener la necesidad de que esto se realice mediante una reforma del propio artículo 11 de la ley²⁶.

d) La situación de los embriones almacenados. En este punto es preciso mencionar simplemente que algunos preceptos de la ley no se han seguido

embargo, el artículo 20 no la incluye entre las infracciones, por lo que no parece existir ninguna consecuencia para el incumplimiento de este requisito. Aunque el artículo 20.2.A.b) recoge como infracción grave la vulneración de lo establecido en la ley en el tratamiento de los usuarios, no se pueda considerar que afecte al pago, pues ni los donantes son "usuarios" (a efectos de la ley) ni la donación es una actividad de "tratamiento". Únicamente basándose en la Ley General de Sanidad (aplicable en materia de sanciones según el artículo 20.1 de la Ley 35/1988), podría considerarse que se tratase de una infracción leve del artículo 35.A).1º, como "simple irregularidad en la observación de la normativa sanitaria vigente, sin trascendencia para la salud pública", pero aun así ésta es una interpretación forzada y cuestionable

²⁵ Informe de la CNRHA, cit., pág. 17.

²⁶ Entrar en esta discusión sería arduo, y pasaría por determinar si la condición del artículo 11 es una habilitación para que se levante la prohibición mediante una norma de rango inferior, o si simplemente se trata de una justificación de la prohibición incorporada a la ley sin mayor trascendencia normativa. Teniendo en cuenta la deficiente técnica legislativa y el carácter más retórico que destinado a una finalidad práctica que se desvela en esta ley, la última interpretación parece más plausible.

²³ Podemos entender por sanciones tanto las estrictamente consideradas como tales por la legislación, cuanto —en un sentido amplio— la posibilidad de revocar la autorización a un centro, prevista en el RD 413/1996

²⁴ El artículo 5.1 dice que "es un contrato gratuito" y el 5.3 que "la donación nunca tendrá carácter lucrativo o comercial". Sin

en buena medida por la imposibilidad o por los costes de hacerlo, debido a sus deficiencias. En este sentido, en la práctica se ha superado en numerosas ocasiones el límite legal máximo de cinco años para el almacenamiento de preembriónes. Pero el gran problema es que no está previsto qué hacer después de ese plazo²⁷.

— *Hay indicios de que en alguna medida la legislación ha conformado en algo las prácticas.* Hasta aquí hemos visto ejemplos de prácticas ajenas o contrarias a la legislación que no sólo no provocan una reacción institucional, sino que en lugar de eso están forzando la reforma formal o informal de la ley, o su ineffectividad e ineficacia. En algunos de estos casos se trata de mecanismos que permiten adaptar determinados aspectos de la legislación a una realidad cambiante y no prevista en el momento de la aprobación de las leyes. Pero en otros casos lo que ocurre es que se fuerza la imposición de opciones distintas a las escogidas por la regulación legal, por medio del poder que determinados colectivos tienen para imponerlas.

Sin embargo, también existe la otra cara de la moneda, en la que se puede constatar que esta legislación no ha sido totalmente ineficaz²⁸. A evaluar estos aspectos se dedicará este punto y el siguiente.

Para valorar la eficacia de la ley hay que hacerlo atendiendo exclusivamente a los aspectos en los que ésta suponga una modificación o adaptación de una situación que se daría o que se daba sin su existencia. Está claro que muchos otros aspectos de la ley serán seguidos, en la medida en que no serán vulnerados. Pero parte de estas conductas respetuosas con la norma lo son con relativa independencia de que la norma exista; es decir, no serían diferentes en el caso de que no existiese, por lo que no resultan relevantes para una evaluación de la "eficacia". Existen, en efecto, un grupo de conductas que serían exactamente iguales aunque no hubiese ley, ya sea porque constituyen las formas en que "espontáneamente" se organizan las prácticas, ya sea porque existen otras formas de regulación que las imponen (usos médicos, por ejemplo), o ya sea porque vienen avaladas por otras normas jurídicas (o incluso por una juridicidad difusa presente en las reglas de contratación e intercambio). Pero esto no es relevante para evaluar la eficacia de estas normas, sino que lo relevante es la consideración de aquellas conductas y formas que la norma consigue modificar. No necesariamente por la amenaza coactiva de una sanción —pues en general es muy significativo desde el punto de vista cuantitativo el cumplimiento espontáneo de las leyes— pero sí en cualquier caso a causa de la existencia de la ley.

Medir la "eficacia" tomada en este sentido es difícil, porque nunca se puede estar completamente seguro de que sea la norma la que provoca o fuerza el comportamiento. Sin embargo, sí es posible encontrar indicios, que para la aproximación no cuantitativa que estamos adoptando pueden ser

suficientemente ilustrativos. Como elementos de comparación, se pueden tomar tanto la situación existente antes de la aprobación de las leyes, como —de forma indirecta— las prácticas existentes en países en los que no existe regulación jurídica.

Tomando este segundo punto de referencia, se puede pensar en la comparación con países relativamente próximos (no sólo geográficamente) en los que la aprobación de legislaciones sobre reproducción asistida y utilización e embriones se ha demorado más que en España, como son los casos de Bélgica e Italia. En el caso de Bélgica, por ejemplo, éste se convirtió en un país al que iban incluso personas de otros países (en uno de los casos que más publicidad tuvieron, incluso del Reino Unido que tiene una legislación sumamente permisiva en comparación con el resto de países europeos) a realizar ciertas prácticas como *post mortem*²⁹. Italia, por su parte, llegó a ser calificada como el "Far West" europeo de la reproducción, ante la falta de referencias normativas que se traducían en la existencia de prácticas muy variadas y cuestionables³⁰. Si tomamos estos casos en comparación con el español, podríamos concluir que la legislación española ha tenido una cierta eficacia, por lo menos en la vía de prevenir ciertas prácticas especialmente controvertidas³¹. (Podríamos incluso concluir que, a estos efectos, la existencia de legislación, aun como en este caso con amplias dosis de ineficacia e ineffectividad, por lo menos proporciona ciertos criterios y evita situaciones extremas de descontrol).

Tomando el otro punto de referencia propuesto, la situación previa en España y los cambios en las prácticas anteriores o esperables que presumiblemente ha provocado la legislación, podemos mencionar dos ejemplos ya expuestos como indicios de una eficacia al menos parcial. En primer lugar, el ejemplo de la selección de sexo. En el ya mencionado caso resuelto por la Audiencia barcelonesa, el propio auto dictado recoge el hecho de que el especialista que atendió a la solicitante de la selección de sexo había declarado que él mismo venía aplicando la técnica para lograr este fin hasta la entrada en vigor de la Ley 35/1988 y la consiguiente prohibición. No hay que dudar, por lo menos en este caso particular, del respeto por la ley (cuya vulneración en este punto constituye una falta muy grave), ya que de no ser así, el caso no habría llegado a los tribunales en jurisdicción voluntaria. Un segundo ejemplo puede ser el hecho de que se viaje al extranjero para acceder a la maternidad subrogada, lo que no tendría sentido si no existiese en España una legislación que la dificulta³².

— *El hecho de que no se hayan producido demandas civiles es seguramente producto de la*

²⁹ Fecundación utilizando gametos o embriones congelados procedentes de una persona que ya ha fallecido.

³⁰ C. Magnani, "Riproduzione assistita. I limiti del diritto e il diritto come limite", en *Democrazia e diritto*, Roma, 1/96, pags. 101-125.

³¹ Aunque, por ejemplo, la legislación española permite la fecundación *post mortem* en ciertos casos.

³² En este caso, viajando al extranjero y sometiendo al contrato a tribunales extranjeros se elude la nulidad de pleno derecho en España. No se eludiría una eventual infracción del artículo 221.2 del Código Penal, que incluye expresamente el caso de que la conducta se realice en el extranjero.

²⁷ Gran parte del informe de la CNRHA estaba referido a esta cuestión.

²⁸ Como tampoco absolutamente ineffectiva (se aplicó incluso en los tribunales).

existencia de una previsión normativa, es decir, de la propia legislación. Hasta ahora nos hemos venido refiriendo fundamentalmente a la adecuación de las prácticas de reproducción asistida (y de utilización de embriones) a los parámetros establecidos en la legislación. En ese ámbito, de lo que se trata es de que las prácticas se realicen conforme a los requisitos establecidos normativamente y de que no se realicen prácticas prohibidas de reproducción asistida o de experimentación con embriones. Los principales destinatarios de estos aspectos de la normativa son los facultativos y los centros autorizados en los que se realicen estas prácticas, pues son ellos los que deberán realizarlas según tales requisitos y deberes (administrativos, técnicos, de información a las usuarias, etc.) y dentro de los parámetros de lo permitido. Igualmente, las eventuales consecuencias del incumplimiento de la normativa serán en ese caso de tipo sancionador (administrativo o penal) y eventualmente indemnizatorio.

Pero hay otra vertiente de esta normativa que también resulta relevante y es la referida a las consecuencias jurídicas (esencialmente jurídico-civiles, en particular referidas a la filiación) de la realización de las técnicas de reproducción asistida. La Ley 357/1988 establece una serie de normas de derecho privado que regulan las consecuencias y los efectos jurídicos de la realización de las técnicas de reproducción asistida, y también establecen los criterios para la toma de determinadas decisiones. Así, tenemos por un lado las reglas de determinación de la filiación en determinados casos especiales (utilización de gametos o embriones de donantes, fecundación *post mortem*, maternidad subrogada) y por otro las normas relativas al consentimiento para la realización de las técnicas, a los requisitos para el acceso a las mismas, a la regulación de las donaciones de material reproductor, etc.

En el análisis sobre la eficacia de este tipo de normas a la luz de la conflictividad que se ha producido, lo que hay que constatar es que la conflictividad que se ha traducido en procesos judiciales ha sido nula. Si hacemos la misma evaluación en otros países, se puede comprobar cómo en general (Italia, Francia, etc.) la conflictividad jurídica ha sido bastante más significativa. Aunque desde el punto de vista cuantitativo los casos no hayan sido numerosos, sí que han sido especialmente problemáticos y de difícil resolución atendiendo al derecho tradicional de filiación, contratos, etc.³³ En el caso español es cierto que ni siquiera antes de la aprobación de la Ley 35/1988 se habían producido casos y conflictos de este tipo (en un momento en el que ya no eran infrecuentes en otros países). Sin embargo, no creo que sea aventurado decir que la existencia de una normativa específica sobre estas cuestiones —por más que pueda ser criticable y que no sea clara en algunos aspectos— ha evitado seguramente que se produjesen conflictos, al proporcionar

al menos una previsión sobre ellos. Por el contrario, en los casos en los que no están previstas estas cuestiones, no siempre es posible adoptar soluciones claras y adecuadas desde la normativa tradicional, lo que puede ser fuente de conflictos³⁴.

7. ¿QUE FUTURO PARA LA REGULACION? ALGUNOS PROBLEMAS PENDIENTES

De lo que hemos dicho con respecto a la eficacia y efectividad real de la legislación, es posible concluir que tanto una como otra han sido bastante limitadas, muy lejos de cumplir las expectativas explícitas o implícitas en su promulgación. De todas formas, sería injusto no reconocer —en la línea de las dos últimas observaciones que se han hecho— aspectos positivos y puntos en los que sin duda la existencia de unos criterios normativos a los que remitirse han evitado problemas mayores. Muy probablemente —por lo menos esta es la certeza que aquí se mantiene— aunque capaz de cumplir esta función preventiva y regulativa de ciertos conflictos, la legislación sobre reproducción asistida y sobre utilización de embriones (como en general la tentativa de regulación legal de los avances de las ciencias de la vida) no puede cumplir en su totalidad las demandas regulativas que se le dirigen, por la manifiesta desproporción entre éstas y los propios presupuestos estructurales (y en cierta medida, desde otro punto de vista, axiológico-constitucionales) sobre los que se asienta. Pero aun asumiendo estos límites, no habría por otra parte nada que hiciese imposible un mayor compromiso de los poderes públicos para por lo menos cumplir aquellos compromisos legalmente asumidos, lo que —como se ha visto— no ha sido el caso. De lo que se lleva expuesto, no se puede decir que la historia de esta normativa haya sido ejemplar en este sentido durante la primera década de su existencia, aun reconociendo los avances de los últimos años.

Si lanzamos ahora la vista hacia delante, podemos preguntarnos cuáles pueden ser algunas claves para el futuro de esta regulación. Responder a esto taxativamente es imposible, porque no se pueden prever —para empezar— los caminos que seguirán los avances científicos y, en este sentido, que nuevos problemas plantearán en este ámbito. Pero sí que se pueden apuntar algunos temas que ya hoy en día están en la agenda del debate, ya sea porque se haya cuestionado su regulación, ya sea porque resulta previsible que se agudicen los problemas en torno a ellos. No son las que aquí se mencionarán, naturalmente, las únicas cuestiones debatidas ni debatibles, pero con ellas es posible apuntar algunos trazos hacia el futuro en un momento en el que ya se ha despejado finalmente la

³³ Los casos han sido de lo más variado, desde la determinación de la filiación cuando existen conflictos entre la filiación social (o la buscada mediante la aplicación de las técnicas de reproducción) y la filiación biológica (o incluso cuando ésta se escinde en varias), hasta controversias sobre la capacidad de disposición sobre gametos o embriones congelados.

³⁴ También se ha dicho —y no deja de ser cierto— que la legislación española fue aprobada antes de plantearse estos problemas en la práctica y de poder evaluar cuáles eran realmente estos y cuáles eran las necesidades de reforma legislativa y las soluciones más adecuadas. No obstante, no es menos verdad que en aquel momento ya se podía contar con una cierta experiencia de casos ocurridos en otros países y que —por lo menos en estos puntos— la regulación no parece haber planteado excesivos problemas prácticos.

incógnita de la constitucionalidad de la Ley 35/1988. Las cuestiones que aquí trataremos brevemente en esta perspectiva son la selección de sexo, la maternidad subrogada, el pago por las donaciones y la clonación humana³⁵.

a) La selección de sexo

Como se recordará, la selección de sexo fue la cuestión sobre la que giraba el principal caso sobre reproducción asistida resuelto por los tribunales. Al hilo de este caso se pudo comprobar que incluso en un punto en el que parecía clara la opción escogida por el legislador, se planteaban una serie de problemas de interpretación considerables que ponían en cuestión incluso la coherencia de tal opción o por lo menos de la corrección de la forma en que ésta se había concretado. Sin embargo, más allá de estos problemas que presentaba la ley, el caso también planteó otra cuestión de mayor calado: ¿está justificada la prohibición general de la selección de sexo? Porque, efectivamente, esta línea de prohibición general ha levantado ciertas críticas³⁶, que esencialmente cuestionan que esté justificada la limitación jurídica de esta práctica y en tal sentido, el contenido de la legislación española sobre el particular. No se puede decir, de todas formas, que se trate de una cuestión que haya generado un importante debate social, más allá del momento en el que las distintas resoluciones judiciales del caso planteado en Mataró saltaron a los medios de comunicación. Pero quizás no sea excesivo conceder a los críticos que se trata de una de las cuestiones —si no pendientes sí controvertibles— que plantea la legislación española sobre reproducción asistida. Incluso para mantener la limitación y la prohibición jurídica, podría ser conveniente explicitar los argumentos y valores que la sostienen. Sobre todo, en la medida en que esto puede clarificar cuestiones relativas al alcance de la elección y modificación de los rasgos de los descendientes, sin duda una cuestión que se discutirá en el futuro.

³⁵ Hay otra gran cuestión que no será aquí tratada por falta de espacio, pues la mera exposición del tema exigiría un tratamiento autónomo. Se trata de la cuestión de los embriones, tanto en lo que respecta al futuro de los embriones crioconservados, como a la posibilidad de embriones para la investigación. El primer problema ha sido abordado por el primer informe de la CNRHA, y el segundo es previsible que sea abordado en informes posteriores. El primer problema se plantea desde el momento en que se permite la crioconservación de fecundados *in vitro* que no han sido transferidos a la madre, pero estableciendo a la vez un plazo máximo de cinco años para el almacenamiento sin que esté muy claro qué ocurre una vez que ese plazo ha transcurrido. De tal magnitud es el problema que se calcula que el número de embriones crioconservados en España ronda los 25.000, de los cuales alrededor del 15% ya habrían superado el plazo máximo de cinco años a la altura de 1998. Hay que destacar que entre las propuestas de la CNRHA figura —entre otras medidas— una propuesta de reforma de la Ley 35/1988 en este punto, ampliando el plazo máximo de mantenimiento de embriones crioconservados y vinculando este plazo de forma más flexible a la edad de la madre.

³⁶ Una de las más significativas y razonadas, últimamente, F. Puigpelat, "La selección de sexo: aspectos jurídicos y valoración crítica", en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, nº 6, 1997, págs. 93-109. Por otra parte, se ha llegado incluso a cuestionar la constitucionalidad de la prohibición de la selección de sexo: véase Y. Gómez, *El derecho a la reproducción humana*, Marcial Pons, Madrid, 1994, pág. 152.

Entre las razones que se han dado contra la prohibición de la selección de sexo, destacaríamos: a) la incoherencia de la prohibición con respecto a la falta de control de la selección de sexo por medios naturales; b) la desproporción de esta prohibición en los casos en que es posible (legalmente) realizarla de forma más gravosa y traumática por medio del aborto; c) la prohibición supone una vulneración del derecho a la reproducción y de las libertades reproductivas; d) la posible inconstitucionalidad de la prohibición; e) la ausencia de consecuencias perjudiciales de la selección y las eventuales consecuencias positivas de la permisión (calidad de vida); f) las consecuencias perjudiciales de la prohibición (es un paso importante hacia el intervencionismo sobre cuestiones íntimas y no resulta útil para finalidades tales como la prevención del sexismo).

Entre las razones a favor de la prohibición, destacaríamos: a) no se debe realizar un acto de poder y voluntad tan extremo; b) la selección de sexo es contraria a la dignidad humana; c) la selección de sexo contribuye a perpetuar los estereotipos de sexo y el sexismo; d) la permisión de la selección de sexo podría ser inconstitucional; e) no hay ninguna razón válida para decidir seleccionar el sexo (fuera de la prevención de determinadas enfermedades); f) tiene consecuencias mediatas indeseables, entre ellas: el desequilibrio demográfico, la puerta abierta a la elección de otros caracteres (argumento de la "pendiente resbaladiza"), el favorecer una visión de los hijos como mercancías o el debilitar la privacidad de las decisiones reproductoras.

Creo que puede ser necesario explicitar un aspecto de este debate que quizás parezca obvio, pero cuyo desconocimiento lleva a dificultades. Lo que se está debatiendo (lo que es preciso debatir en esta perspectiva jurídica), es la prohibición jurídica de la selección de sexo, no la selección de sexo en sí. En este sentido, sería perfectamente coherente un rechazo de la misma desde el punto de vista moral o la consideración de que no existen razones que justifiquen una selección y rechazar al mismo tiempo que esto se tenga que traducir en una prohibición jurídica. En este sentido, también parece lógico que lo que en principio sea preciso justificar es la prohibición y las razones de la prohibición (no su ausencia), aunque teniendo en cuenta la situación legal actual, los que suelen plantear la cuestión son los partidarios de la desaparición de la prohibición. Pero en esta medida, enfocando la cuestión en las razones de la prohibición, a mi juicio no se justifican algunos de los argumentos apuntados, y otros —como el del desequilibrio demográfico— tienen un peso limitado. El argumento de la "dignidad humana" (en el que con frecuencia entran muchas cosas hasta contradictorias) es demasiado genérico como para ser tomado en consideración por sí solo. Creo, en cambio, que el argumento de la "dignidad humana" puede ser de mucho interés, siempre que se conecte interpretativamente a otros dos argumentos: el del antisexismo (en la medida en que se considere una discriminación por razón de sexo ya desde un momento anterior al nacimiento) y el de la existencia de un "derecho al azar

genético", como un derecho a no ser biológicamente programado antes de nacer³⁷.

b) La maternidad subrogada

Ya se ha aludido al hecho de que determinados centros españoles han ofertado y gestionado el acceso a la maternidad de alquiler en el extranjero. Según una investigación periodística divulgada en junio de 1999 por un equipo de la Televisión Española, habían nacido 50 niños de madre portadora en el extranjero. Al contrario que en el caso de la selección de sexo, no se han formulado objeciones de fondo por parte de la doctrina jurídica al rechazo que el ordenamiento jurídico español expresa sobre estos contratos³⁸. En cambio sí que lo han planteado algunos médicos y ginecólogos especialistas en reproducción asistida, sobre todo cuando a finales de 1997 los medios de comunicación se hicieron por primera vez eco de estas prácticas.

Aunque no parece previsible —por lo menos a corto plazo— que vaya a cambiar el criterio legal, lo cierto es que el recurso a la contratación en el extranjero tampoco parece que vaya a remitir teniendo en cuenta además la pasividad de los poderes públicos, en una cuestión que hay que reconocer como delicada. Pero efectivamente, las consecuencias jurídicas en el derecho español, además de la nulidad del contrato, pasarían seguramente por los artículos 220³⁹ (delito de suposición de parto) o 221 (entrega de un menor con compensación económica)⁴⁰, esencialmente este último por un criterio de especialidad, teniendo en cuenta cómo se desarrollan generalmente estas conductas⁴¹.

³⁷ Este argumento (la pretensión de admitir un derecho de este tipo) ha sido sugerido a veces y recogido en la enumeración de los aspectos éticos de la clonación humana en el informe de la CNRHA (pág. 39).

³⁸ De todas formas, F. Pantaleón ("Contra la ley de técnicas de reproducción asistida", *Jueces para la democracia*, nº 5, 1988, pág. 27) ha señalado que la solución de considerar nulo de pleno derecho el contrato puede llevar a una solución legal insatisfactoria. Éste sería el caso de que los que contratan a la madre portadora rechacen hacerse cargo de una criatura que nazca con graves taras, sin que la madre portadora —madre a todos los efectos en el derecho español— pudiese reclamar siquiera por los daños materiales o morales, ante la nulidad de pleno derecho del contrato.

³⁹ "1. La suposición de un parto será castigada con las penas de prisión de seis meses a dos años."

⁴⁰ "1. Los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concorra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación, serán castigados con las penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad por tiempo de cuatro a diez años". "2. Con la misma pena serán castigados la persona que lo reciba y el intermediario, aunque la entrega del menor se realizase en país extranjero".

⁴¹ Normalmente se contrata ya en España, por medio de intermediarios, con otros intermediarios norteamericanos que se ocupan de proporcionar asistencia médica, legal y madre portadora. En un primer viaje se realiza la fecundación y, si todo sigue su curso, se realizará un segundo viaje para el momento del parto, en el que se ultimarán los trámites de entrega. A la vuelta, a efectos de asegurar la filiación, se alegará que el nacimiento tuvo lugar durante la estancia en el extranjero (y que la madre es la mujer contratante española). La pareja contratante paga alrededor de 8 millones de pesetas, que incluyen los gastos médicos y jurídicos, los viajes y la remuneración de la madre (1.800.000 pesetas aproximadamente).

El artículo 221.1 del Código Penal no sería de aplicación a la

c) El pago por las donaciones

La compensación económica por las donaciones de material reproductor es expresamente rechazada por la normativa española, tanto en los artículos 5.1 y 5.3 de la Ley 35/1988, como en el artículo 2.d) de la Ley 42/1988 para el caso de los embriones postimplantatorios. Sin embargo, la remuneración es una práctica más o menos extendida hasta el punto de que la propia CNRHA, en su primer informe anual, recomendó el establecimiento de un pago tendente precisamente a regularizar una situación que se da de hecho y para evitar que una ausencia total de cualquier pago lleve a que ni siquiera se compense por las molestias a los donantes, y pueda producir una disminución de las donaciones o, pero todavía, un mercado oculto de gametos. Así, propone unas cifras (5.000 pesetas para semen y 100.000 para óvulos) que se estima que no desvirtúan el principio de donación como un acto de finalidad fundamentalmente no lucrativa, pero que evitarían los riesgos anteriormente expuestos.

La propia CNRHA reconoce que esas cifras —como cualesquiera otras— son inevitablemente subjetivas a efectos de compatibilizar la compensación con la finalidad fundamentalmente no lucrativa. Considero que el problema es más de fondo, porque no creo que exista una cifra que pueda compatibilizarlo, y mucho menos que sea generalizable para todos los casos. Considero vano tratar de determinar —sobre todo en el caso de la "donación" de óvulos— ese punto de equilibrio en el que el dinero que se paga sea suficiente compensación por las molestias y riesgos, pero que no "desvirtúe la finalidad fundamentalmente no lucrativa". No me voy a extender en una argumentación que he desarrollado en otro lugar⁴²: se trata de un problema que afecta fundamentalmente a la donación de óvulos, en la que el principio de gratuidad generalmente predicado tiende a ceder ante las necesidades prácticas de reclutamiento. Pero interpretar así el principio de gratuidad significa desvirtuarlo hasta el punto de que se convierte en un mero elemento de legitimación que, sin embargo, en la realidad cede ante las presiones mercantiles sin poder significar más que un dique muy débil. La opción de predeterminar y limitar el pago con la pretensión de que no sea suficiente como para por sí solo significar la motivación para la "donación" se hace difícilmente sostenible cuando el objetivo confeso es el de mantener un determinado nivel de "donaciones". Se trata de una opción por un sistema de mercado regulado, o de tasas, en el que el precio se ajusta por una autoridad, pero ello no significa la exclusión de estos bienes del mercado (ya que la referencia última de la autoridad es el mercado) sino la puerta de entrada o la rendición a él. Se asienta plenamente en el paradigma del mer-

madre portadora que entrega en el extranjero, pero sí a los intermediarios y a los receptores, según el artículo 221.2. Este precepto establece una regla de extraterritorialidad, atribuyendo la competencia a los tribunales españoles aun en el caso de que la entrega tenga lugar en el extranjero.

⁴² Cfr. *Reproducción, poder y derecho*, op. cit., págs. 115 y ss., especialmente 127 y ss.

cado y no en el paradigma de la dádiva⁴³, a la que sin embargo se apela discursivamente para salvar las exigencias legales y las reticencias morales.

Esta exigencia legal es también una exigencia establecida por la interpretación del Tribunal Constitucional, pues en la Sentencia 216/1997 se afirma que el uso del término “donación” no resulta incompatible con la dignidad de la persona, precisamente porque esta singular “donación” [referida en este caso a embriones muertos o no viables] “no implica en modo alguno la «patrimonialización» (...) de la persona, lo que sería desde luego incompatible con su dignidad (art. 10.1 C.E.), sino, justamente, la exclusión de cualquier causa *lucrativa o remuneratoria*, expresamente prohibida por el artículo 2.d) de la Ley [42/1988, subrayado nuestro]”.

d) La clonación

Mucho se ha discutido en los últimos tiempos sobre la clonación⁴⁴. Se ha destacado que el Código Penal español la tipifica como delito en su artículo 161.2, como dando a entender que con ello en España ésta es una cuestión cerrada y solucionada. La realidad es algo más compleja. En primer lugar, porque la vía penal —aun suponiendo que sea adecuada esta reacción— no es seguro que constituya una solución eficiente a efectos de impedir estas conductas. En segundo lugar, desde que en 1997 se consiguió la primera clonación de un mamífero, algunas cosas han cambiado en las expectativas sobre la clonación, tanto desde el punto de vista científico, como desde el punto de vista de las posibles utilidades de esta técnica. Sin extendernos mucho, por lo que respecta a las cuestiones científicas, hay que distinguir entre clonación reproductiva y no reproductiva: la reproductiva estaría destinada a obtener individuos⁴⁵, mientras que la no reproductiva consistiría en la aplicación de técnicas de clonación en cultivos celulares⁴⁶ sin intención de producir un individuo, sino en la perspectiva de producir tejidos destinados a la investigación o incluso a la reparación de tejidos u órganos dañados. En realidad este último tipo de clonación es el más considerado últimamente, y no suele ser tan fuerte su rechazo como el que produce la clonación reproductiva (aunque las objeciones éticas siguen siendo importantes, al implicar determinadas utilidades de embriones).

El tipo del artículo 161.2 del Código Penal parece afectar sólo a la clonación reproductiva: “creación

de seres humanos idénticos por clonación”. No obstante, a la clonación no reproductiva podría serle de aplicación el artículo 161.1 que castiga “a quienes fecunden óvulos humanos con cualquier finalidad distinta de la procreación”. Por otra parte, los requisitos del artículo 15 de la Ley 35/1988 para la investigación y experimentación en embriones también harían difícil la autorización de clonaciones no reproductivas.

Los criterios de la CNRHA pasan por no observar obstáculos éticos insalvables para la gemelación (salvo, para algunos de los miembros de la Comisión, por la actuación sobre los embriones) cuando no exista un número suficiente de embriones para ser transferidos en el marco de una fecundación *in vitro* (lo que podría generar gemelos monocigóticos). En cambio sí que mantiene que existen objeciones graves contra la clonación reproductiva con transferencia de núcleo desde la consideración del derecho a no ser programado genéticamente entre otras razones. Por lo que respecta a la clonación no reproductiva (con finalidades terapéuticas), la posible objeción sería nuevamente la del respeto del embrión, pero la CNRHA no se mostraría en contra si fuese posible realizarla con células no embrionarias.

Así pues, si realizamos un último salto temporal para intentar atisbar lo que puede ser la próxima década con respecto a esta regulación, nos encontraremos lógicamente con la imposibilidad de previsión. Sin embargo, hay algunos aspectos que se pueden apuntar. Por lo que respecta a la normativa vigente y a los instrumentos institucionales para su puesta en práctica, queda pendiente completar el desarrollo normativo —una vez cancelada la hipoteca de la posible inconstitucionalidad— y lograr mayores cotas de eficacia, para lo cual sería preciso que los propios poderes públicos se tomasen esta normativa en serio. En este sentido, la existencia de la CHRHA —con todas las limitaciones que se quiera— puede significar cuanto menos un periódico llamamiento a los poderes públicos para que el tiempo no siga pasando sin más. Desde otro punto de vista, determinados problemas y determinadas opciones tomadas por la normativa española están, como hemos visto, en discusión. La experiencia de la ineffectividad y de la pasividad de los poderes públicos, y la probada capacidad de autolegitimación de determinadas prácticas para sobreponerse incluso a la legislación no invitan, de todas formas, a un optimismo confiado. Sobre todo si lo que se aspira es a que las necesarias decisiones colectivas sobre la regulación de las cuestiones que plantean las ciencias de la vida se tomen realmente desde el debate público e informado, desde el respeto de los derechos fundamentales y desde la determinación colectiva sobre las necesidades sociales.

⁴³ Cfr. A. Cailé, *A Demissão dos intelectuais*, Lisboa, Instituto Piaget, 1997, págs. 141 y ss. y *Don, intérêt et désintéressement*, Paris, La Découverte/M.A.U.S.S., 1994.

⁴⁴ El primer Informe de la CNRHA también trata de esta cuestión.

⁴⁵ Existen en principio dos técnicas: la gemelación y la transferencia de núcleos. La primera consiste en la división de embriones, en lo que sería una forma de provocar artificialmente gemelos monocigóticos (idénticos entre sí, pero diferentes de sus progenitores). La segunda consiste en la transferencia del núcleo de una célula (que no sea un gameto) a un óvulo enucleado, con lo que se generaría un individuo clónico de aquél del que procede el núcleo celular.

⁴⁶ Aquí la diferencia (sobre todo desde el punto de vista ético) está en que se aplique la técnica a simples cultivos celulares o en embriones.